



Amt der Wiener Landesregierung

Dienststelle: Magistratsdirektion
Geschäftsbereich Recht
Verfassungsdienst und
EU-Angelegenheiten

Adresse: 1082 Wien, Rathaus
Telefon: 4000-82348
Telefax: 4000-99-82310
e-mail: post@mdv.magwien.gv.at
DVR: 0000191

MD-VD - 1379-1/05

Wien, 15. September 2005

Vorschlag für eine Verordnung des
Europäischen Parlaments und des
Rates über öffentliche Personen-
verkehrsdienste auf Schiene und
Straße;
Begutachtung;
Stellungnahme

zu BMVIT 211.206/0002-II/SCH1/2005

An das
Bundesministerium für Verkehr,
Innovation und Technologie

Zu dem mit Schreiben vom 1. August 2005, übermittelten Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße nimmt das Amt der Wiener Landesregierung Stellung wie folgt:

Die Europäische Kommission rechtfertigt die Novellierung bzw. Neufassung der Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste auf der Schiene und der Straße damit, dass die geltende Verordnung aus dem Jahr 1969 stamme und der heutigen Situa-

tion im Personenverkehr nicht mehr gerecht wird. Der überarbeitete Verordnungsentwurf stellt einen neuen Rechtsrahmen für die Finanzierung öffentlicher Dienstleistungen dar. Er soll die nötige Rechtssicherheit und Transparenz bringen, damit öffentliche Verkehrsdienste von guter Qualität angeboten werden können, und einen Beitrag zur Verbesserung von Umwelt und Mobilität leisten.

Mit diesem Entwurf werden die erwähnten Vorgaben, die Inhalte des Weißbuches der Kommission über die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse sowie – in Grundsätzen – die Altmark-Rechtsprechung berücksichtigt, was von Seiten des Landes Wien zu begrüßen ist.

Den Behörden ist – im Vergleich zu den Vorgängerentwürfen – mehr Handlungsspielraum für die detaillierte Gestaltung der Ausschreibungsmodalitäten gelassen. So gibt es keine Liste von Auswahlkriterien, für den Landverkehr keine speziellen Vorschriften für die Unterauftragsvergabe oder den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung.

Im Einzelnen wird Folgendes angemerkt:

Spannungsverhältnis Vergaberecht/Verordnung:

Die Verordnung stellt dem System der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge nach dieser Verordnung (Art. 5) voran, dass diese Bestimmungen „unbeschadet der Obliegenheiten“ nach den allgemeinen Vergaberichtlinien gelten (Abs. 1). In den folgenden Absätzen finden sich Möglichkeiten der Direktvergabe (Abs. 2, 4, 5, und 6) bzw. das Primat der Ausschreibung nach einem offenen, fairen Verfahren nach den Grundsätzen der Transparenz und Nichtdiskriminierung.

Diese Formulierung eröffnet – auch unter Hinzuziehung der Erwägungsgründe – zwei Möglichkeiten der Interpretation:

1. Mit der Verordnung sollen zusätzliche, von den allgemeinen Vergaberichtlinien nicht geregelte Möglichkeiten der Direktvergabe unter gleichzeitiger Einbeziehung bisher auch nicht lückenlos erfasster Dienstleistungsaufträge (im Wesentlichen und untechnisch zusammen gefasst: In-house-Vergaben, Dienstleistungskonzessionen und Eisenbahnverkehre) geschaffen werden.

2. Die Verordnung soll lediglich bisher nicht erfasste Bereiche einem transparenten Vergabeverfahren unterwerfen, dabei sogar strengeren Regeln zu Grunde legen als bei anderen Dienstleistungsbereichen und im Übrigen die Schranken des Vergaberechtes voll aufrecht erhalten.

Nach Ansicht des Landes Wien erscheint nur die erste Lesart im Kontext des bisherigen Gesetzgebungsprozesses aber auch der – von der Kommission wohl bedachten – Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes sinnvoll. Ein Indiz dafür ist die Möglichkeit der Direktvergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nach Art. 5 Z. 4. Falls diese Bagatellgrenze wirklich nur auf bisher nicht erfasste Bereiche anwendbar sein sollte, also in diesem Fall im Wesentlichen auf Schienen(nah)verkehre, dann verbleibt angesichts dieser Summe wohl im ganzen EU-Raum kein Anwendungsfall für diese Direktvergabemöglichkeit. Darüber hinaus spricht aber auch aus den Erwägungsgründen oder den einleitenden Bemerkungen nichts für die Absicht oder die Rechtfertigung der Kommission, ausgerechnet für Dienstleistungen im öffentlichen Personennahverkehr strengere Maßstäbe aufzustellen. Eine solche Lesart würde mit Recht als Schritt zurück hinter den bisherigen Rechtsbestand und in gewisser Weise als Desavouierung des Europäischen Gerichtshofes zu werten sein, was aber der Kommission nach ho. Meinung nicht unterstellt werden kann.

Alleine der Umstand, dass diese Interpretation keinesfalls isoliert und als Einzelmeinung vorgenommen wurde, zeigt aber eindeutig, dass die erforderliche Klarstellung, welche die dringend erforderliche Rechtssicherheit für Behörden und Verkehrsunternehmen bringen kann, (noch) nicht erfolgt ist. Im weiteren Verfahren sollte jedenfalls eine diesbezüglich klare Formulierung gefunden werden.

Die unmittelbaren Auswirkungen auf eine mögliche Direktbeauftragung wären aber auch bei Zugrundelegung der ungünstigeren Interpretation eher im Bereich der Abwicklung zu sehen. Denn dann könnten die dem Vergaberecht unterliegenden Bereiche im Wege der In-house-Vergabe direkt vergeben werden, die anderen Bereiche mittels der Ausnahme für den internen Betreiber. Die Ermittlung des finanziellen Ausgleichs würde aber für den ersten Teil auf der Grundlage der zum Fall „Altmark Trans“ ermittelten Kriterien und nur für den zweiten Teil auf der Grundlage des Anhangs I der Verordnung erfolgen. Da diese Ausgleichsregeln nicht deckungsgleich sind, könnten sich Schwierigkeiten bei dem Nachweis der Angemessenheit des Ausgleichs ergeben. Darüber hinaus ist eine solche geteilte Vorgangsweise gerade bei integrierten Verkehren, die auch für die Kommission ein wünschenswertes System darstellen, sinnwidrig und hinderlich.

Möglichkeiten der Direktvergabe:

1. Interner Betreiber (Art. 5 Abs. 2):

Gegenüber dem bisherigen Rechtsbestand bzw. gegenüber den bisherigen Entwürfen sind zwei wichtige Änderungen zu bemerken, zum einen die Definition des Umfanges der Bindung des internen Betreibers an die zuständige Behörde; diese ist nunmehr so formuliert, dass die Einflussnahme der Behörde nicht bloß vergleichbar wie bei einer eigenen Dienststelle ist, sondern dieser Einflussnahme entspricht¹. Geht man davon aus, dass die Kommission diesen Unterschied bewusst gesetzt hat, so ergibt sich eine noch nicht völlig abschätzbare Verschärfung. Andererseits muss wohl jedenfalls eine gesellschaftsrechtliche Lösung zulässig sein, da bei der Definition des internen Betreibers (Art. 2 lit. j) von „der Vertretung in Verwaltungs-, Leitungs- und Aufsichtsgremien“ sowie von „entsprechenden Festlegungen der Satzung“ die Rede ist.

Die zweite prägnante Neuerung ist der Umstand, dass dem internen Betreiber nicht bloß selbst jegliche Teilnahme am Wettbewerb im Personenverkehr und jegliche

¹ In den erläuternden Bemerkungen des Verordnung-Entwurfes zu Art. 5 ist allerdings die im unautorisierten, vor der Veröffentlichung des Verordnung-Entwurfes zirkulierenden Vor-Entwurf des jetzigen Textes die Diktion der „vergleichbaren Kontrolle“ angeführt, wie im damaligen Art. 5 (5) des Vorentwurfes auch. Nun wurde in diesem Zusammenhang nur der Verordnung-Text geändert. Eine Interpretation wird aber wohl dem Wortlaut des Textes folgen müssen.

Überschreitung des Zuständigkeitsgebietes der Behörde verboten ist, es gilt dies auch für alle Unternehmen, auf die der interne Betreiber einen auch nur geringfügigen Einfluss ausübt. Vor allem die Beschränkung auf das Stadtgebiet kann für jedes Ballungsgebiet in Europa nur zu unerwünschten verkehrspolitischen Ergebnissen führen. Die Behinderung der Pendlerströme steht damit diametral zum selbst gesteckten Ziel der Modernisierung und Effizienzsteigerung der Verkehrsunternehmen.

Die strenge gebietsbezogene Abgrenzung der im Wege der Direktvergabemöglichkeit erbrachten Verkehrsdienstleistungen zum ÖPNV außerhalb des geografischen Kompetenzbereiches der zuständigen örtlichen Behörde stellt ein Problem für den stadtgrenzenüberschreitenden Verkehr dar. Auf Grund der Bestimmungen des aktuellen Vorschlages müssten diese öffentlich ausgeschrieben werden. Davon wären in Wien nicht nur der Betrieb der Badner Bahn sondern auch einige städtische Buslinien über die Stadtgrenze hinweg in Umlandgemeinden betroffen. Pläne wie beispielsweise eine Verlängerung der U 6 bis Vösendorf und andere – aus verkehrspolitischen Erwägungen durchaus sinnvolle – Vorhaben zur Verlängerung städtischer Verkehrslinien über die Landesgrenze hinweg würden dadurch wesentlich erschwert. Auch die in der Vergangenheit mehrmals diskutierte Verknüpfung von U 6 und Badner Bahn findet im vorliegenden Verordnungsentwurf ohne vorausgehende öffentliche Ausschreibung keine rechtliche Deckung. Die derzeit innerhalb Österreichs vom Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie betriebene Diskussion zur „Verlängerung“ des ÖPNV trägt nicht zu einem besseren Verkehrsangebot für ÖPNV Benutzer der Wiener Umlandgemeinden bei. Fraglich erscheint insbesondere, wie im Fall der Verlängerung des ÖPNV vergabe- und beihilferechtlich mit den 10 S-Bahnlinien zu verfahren ist, auf deren bestmögliche Anbindung zur Erfassung der Pendlerströme aus den Wien nahe gelegenen Regionen das städtische Verkehrsnetz nicht unwesentlich ausgerichtet ist. Selbst im Falle der Notwendigkeit öffentlicher Ausschreibungen für die S-Bahnlinien stellt sich – auch bei Existenz eigener „ausschreibender Behörden“ in den Ländern – auf Grund der strengen geografischen Gebietsabgrenzung schon die Frage, welche örtlich zuständige Behörde zur Ausschreibung und Vergabe landesgrenzenübergreifender Schienenverkehre berufen ist.

Zum jetzigen Zeitpunkt sind eine Reihe von innerstaatlichen (Gliederstaatsverträge, die zur Beauftragung eines internen Betreibers führen) und europarechtlichen (Versuch der Implementierung einer Bagatellgrenze bis zum Höchstausmaß der In-house-Regelung) Maßnahmen zur Absicherung einer sinnvollen Planung von stadtübergreifenden Verkehren denkbar, die jedoch in Abstimmung mit den verkehrspolitischen Konzepten der Stadt vorgenommen werden müssen.

Eine Regelung, die sich bei der Frage der Zulässigkeit der Direktvergabe im Sinne des Art. 5 Z 2 starr an Gebietsgrenzen orientiert und verkehrstechnisch notwendige oder sinnvolle Anbindungen nicht berücksichtigt, wird daher abgelehnt.

2. Bagatellverkehre (Art. 5 Abs. 4):

Diese waren grundsätzlich schon bisher enthalten, die nunmehrigen vergleichsweise hohen Wertgrenzen von 1 Mio. € bzw. 300.000 km – jeweils pro Jahr – finden sich schon in der Version nach den Änderungsvorschlägen des Europäischen Parlaments. Was aber nunmehr nicht explizit erwähnt wird, ist der Hinweis auf das dem Vergabericht immanente Verbot der Zerlegung von an sich zusammen gehörenden Dienstleistungen zum Zweck der Umgehung der Ausschreibungspflicht. Da aber der generelle Hinweis auf die Vergaberichtlinien enthalten ist, kann wohl auch die weitere Geltung dieses Prinzips angenommen werden. Im Übrigen erscheint eine Beschränkung auf (noch besser: Nutz- bzw. Platz-) Kilometer sinnvoller, da bei diesen keine Anpassung an die Inflation notwendig ist.

Ausgleichszahlungen:

Das herausragende Merkmal der Regelung ist – wie schon bei den bisherigen Entwürfen – deren sehr große Komplexität und auch Praxisferne. Bei direkt vergebenen Dienstleistungsaufträgen sind zunächst wie bei allen anderen Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen bloß die Bestimmungen des Art. 4 einzuhalten, die eine Ermittlung des Ausgleiches vorab, nach objektiven und transparenten Parametern und unter Einhaltung des Prinzips der Kostendeckung unter Berücksichtigung der

Einnahmen und eines angemessenen Gewinns vorsehen. Diese Bestimmungen decken somit drei der vier im Altmark Trans festgelegten Kriterien ab. Die Kommission hat bereits in ihren Erläuterungen das vierte Magdeburger Kriterium, das das durchschnittlich, gut geführte Unternehmen als wenig praktikabel abqualifiziert, sodass dessen Nichtberücksichtigung nicht überrascht. Dennoch könnte bei unterschiedlichen Vergabevorgängen auch dieses Kriterium relevant werden.

Neben den Bestimmungen des Art. 4 sind bei einer Direktvergabe aber auch die Bestimmungen des Anhangs einzuhalten. In dessen Ziffer 2 ist ein Nettovergleich zwischen der Situation bei Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung und der Situation bei deren Unterbleiben und der Erbringung der Dienste zu "Marktbedingungen" vorgesehen. Zunächst einmal darf bezweifelt werden, dass das dafür erforderliche betriebs- und volkswirtschaftliche Rechenwerk tatsächlich existiert, mit dem ein solcher Ausgleich berechnet werden soll. Jedenfalls gibt eine derartige Betrachtung aber überhaupt nur dann Sinn, wenn als relevanter Markt für derlei Betrachtungen nicht ein idealisierter Durchschnittsmarkt, sondern die jeweils konkrete Situation des betroffenen Gebietes der Behörde herangezogen wird. Vergleiche mit anderen, dem Wettbewerb geöffneten Märkten bzw. mit Märkten anderer Mitgliedstaaten mit anderen Rahmenbedingungen sind dabei jedenfalls unzulässig.

Unklar ist, ob und in welchem Ausmaß Infrastrukturkosten durch eine Ausgleichszahlung abgedeckt werden können. Es spricht einiges dafür, dass dies für Fahrbetriebsmittel und die für die Abwicklung des Betriebes im engeren Sinn notwendigen technischen Einrichtungen angenommen werden kann. Da beispielsweise eine gemeinwirtschaftliche Leistung auch im Betrieb besonders schadstoffarmer Fahrzeuge bestehen kann, könnten wohl die Mehrkosten für deren Anschaffung, Wartung und Betrieb Teil des Ausgleichs sein. Für die zumindest mögliche Infrastruktur im engeren Sinn (Haltestellen, Gleise) sprechen die Bestimmungen des Art. 4 Abs. 6, wonach eine verlängerte Laufzeit bei Bereitstellung der "Wirtschaftsgüter" durch den Betreiber ermöglicht wird. Im Umkehrschluss ist offensichtlich die Bereitstellung durch die Behörde oder

deren Abgeltung möglich. Diesbezüglich waren jedenfalls in den früheren Versionen konkretere Angaben enthalten, sodass im weiteren Verfahren deren Wiederaufnahme gefordert wird.

Veröffentlichung:

Als neue Aufgabe ist die gemäß Art. 7 vorgesehene Veröffentlichung hervorzuheben. Unklar ist jedoch der Zeitpunkt und die nähere Form der Veröffentlichung.

Laufzeiten, Übergangsfristen:

Die in Art. 8 Z 3 des Verordnungsentwurfes geregelten Übergangsfristen für Schienenverkehrsdienste wurden gegenüber dem Letztentwurf von 15 auf 10 Jahre verkürzt. Diese Fristen sollen auch für "integrierte Netze" gelten, wenn der Schienenverkehr mehr als 50 % des Wertes der betreffenden Dienste ausmacht. Wobei die zuständige Behörde sicherzustellen hat, dass binnen fünf Jahren nach Inkrafttreten der Verordnung gemessen am Wert mindestens die Hälfte ihrer Dienstleistungsaufträge für Schienenverkehrsdienste nach den Bestimmungen der Verordnung vergeben werden. Die Übergangsfristen für Busverkehre betragen maximal 8 Jahre mit der Maßgabe, dass binnen 4 Jahren nach Inkrafttreten der Verordnung gemessen am Wert mindestens die Hälfte ihrer Dienstleistungsaufträge vergeben werden.

Die Vertragslaufzeiten erscheinen nunmehr – wenn auch nicht vollständig – den wirtschaftlichen Gegebenheiten entsprechend und zumindest im realistischen Bereich zu liegen. Bei den Übergangsfristen herrscht nicht vollständig Klarheit darüber, ob auf Verträge, die zulässigerweise noch nicht nach der Verordnung vergeben wurden, bereits das Rechenwerk des Anhangs 1 oder lediglich die „Altmark Trans“-Kriterien, d. h. im Endeffekt die Bestimmungen des Art. 4 heranzuziehen sind. Da im Text im Zusammenhang mit den Übergangsbestimmungen stets von Dienstleistungsaufträgen bzw. Ausgleichszahlungen, die nach den Bestimmungen der Verordnung vergeben werden, die Rede ist, kann man daraus wohl zu Recht schließen, dass die Kommission

selbst davon ausgeht, dass im Übergangszeitraum eben auch noch anders errechnete Ausgleichszahlungen möglich sind. Auch aus der Textierung des Art. 5 (5) kann entnommen werden, dass für den Übergangszeitraum auch Ausgleichszahlungen, die nicht den Bestimmungen der Verordnung an Betreiber geleistet wurden, (noch) möglich sind.

Qualitätsmerkmale:

Obwohl nunmehr der Entwurf der Verordnung viel konzentrierter und handhabbarer erscheint, ist der Verzicht auf die Aufnahme von Qualitätskriterien zu bedauern. Primär sollte das Ziel der Verordnung die Verbesserung des ÖPNV und damit die Anreizschaffung zum Umsteigen auf diesen sein. Dass die Marktöffnung alleine die einzige Triebfeder zur Effizienzsteigerung und zur Modernisierung ist, darf in diesem Zusammenhang bezweifelt werden.

Zusammenfassend ist darauf hinzuweisen, dass der Entwurf zwar die Standpunkte der Eigenproduktion unter den Bedingungen der Reziprozität und klaren Ausgleichsregelungen verfolgt, angesichts der angesprochenen Unklarheiten für die gewünschte und notwendige Rechtssicherheit und Planbarkeit eine Überarbeitung noch erforderlich ist.

Für den Landesamtsdirektor:

Mag. Andreas Trenner

Dr. Peter Krasa
Senatsrat

Ergeht an:

1. alle Ämter der Landesregierungen
2. Verbindungsstelle der Bundesländer

3. Büro der Geschäftsgruppe
Wohnen, Wohnbau und
Stadterneuerung
4. MA 4
5. MA 27
6. MA 64
(zu Zl. MA 64 - 3095/2005)
7. MA 65
8. Wiener Linien GmbH & Co KG
9. TINA Vienna - Transport Strategies GesmbH